

Viviane Gillor

# Der Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte der Europäischen Bankenvereinigung (EMA)

Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen

**Nomos**

**CH.Belk**



# Inhaltsverzeichnis

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	<b>15</b>
<i>Einleitung - Ziel und Gang der Untersuchung</i>	23
<i>1. Kapitel: Einordnung, Regelungsmaterie und Ziele des EMA</i>	26
A. Regelungsmaterie des EMA	27
I. Das Wertpapierdarlehen	27
1. Begriff	27
a) Allgemeines Verständnis	27
b) Das Wertpapierdarlehen des EMA	28
2. Rechtsnatur	29
3. Motive für den Vertragsschluss	30
a) Motive auf Seiten des Darlehensnehmers	30
b) Motive auf Seiten des Darlehensgebers	33
II. Das Wertpapierpensionsgeschäft	33
1. Begriff	33
a) Allgemeines Verständnis des Pensionsgeschäfts	33
b) Definition des Wertpapierpensionsgeschäfts durch das EMA	34
c) Abgrenzung zu anderen Begriffen	35
d) Besondere Formen des Wertpapierpensionsgeschäfts	36
aa) Das Kauf/Rückverkaufsgeschäft	36
bb) Sonstige Arten des Pensionsgeschäfts	38
2. Rechtsnatur	38
a) Wiederkauf gemäß §§ 456 ff. BGB	38
b) Verbundene Kaufverträge	39
c) Darlehen gemäß § 488 BGB	39
d) Atypischer Vertrag	40
e) Stellungnahme in bezug auf das EMA	40
3. Motive	41
a) Motive auf Seiten des Pensionsverkäufers	41
b) Motive auf Seiten des Pensionskäufers	42
III. Derivategeschäfte	43
I; B. Positionierung des EMA auf dem Finanzmarkt	44
I. Der Markt für Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte	44
II. Entwicklung standardisierter Rahmenverträge	49
1. Das Aufkommen von standardisierten Rahmenverträgen	49
2. Entstehung des EMA	51
Funktionen des EMA	53
1. Risikominimierung	53
1. Das Adressenausfallrisiko	53

2.	Das Marktrisiko	54
3.	Die Erfassung der Risiken durch das EMA	54
II.	Kostenminimierung	56
1.	Standardisierung der einzelnen Geschäfte	56
2.	Senkung der Übertragungskosten	57
3.	Rechtssicherheit	57
4.	Verringerte Eigenkapitalunterlegung	57
III.	Standardisierung im europäischen Rechtsraum	58
2.	<i>Kapitel: Die Allgemeinen Bestimmungen des EMA</i>	59
A.	Grundlagen	59
I.	Anwendbares Recht und zuständiges Entscheidungsorgan	59
1.	Bestimmung des anwendbaren Rechts	60
a)	Die Rechtswahlklausel des EMA	60
b)	Voraussetzungen und Grenzen der Rechtswahl durch die Parteien	61
c)	Die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei fehlender ausdrücklicher Rechtswahl	64
2.	Bestimmung des zuständigen Gerichts	66
a)	Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung	66
b)	Formerfordernis der Gerichtsstandsvereinbarung	67
c)	Kontrolle der Gerichtsstandsvereinbarung nach §§ 305 ff. BGB?	69
d)	Gefahren bei der Vereinbarung eines nicht ausschließlichen Gerichtsstands	69
e)	Alternativ: Möglichkeit der Vereinbarung einer Schiedsklausel	71
3.	Empfehlung	73
II.	Dogmatische Analyse der rahmenvertraglichen Konzeption	74
1.	Vertragliche Qualifizierung des EMA vor Abschluss von Einzelgeschäften	74
a)	Ausgangspunkt: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	75
b)	Anerkennung der Vertragsqualität in jüngerer Zeit	76
aa)	Der Rahmenvertrag als Normen-/Richtlinienvertrag	77
bb)	Der Rahmenvertrag als Dauerschuldverhältnis eigener Art	- 78
c)	Stellungnahme in bezug auf das EMA	78
2.	Das Verhältnis des EMA zu den unter ihm abgeschlossenen Geschäften	79
a)	Gesamtvertrag	80
b)	Konzept des zusammengesetzten Vertrages	81
c)	Anwendung auf das EMA	81

III. Die Bestimmungen des EMA als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§305 ff. BGB	82
1. Vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 BGB	83
2. Das „Stellen“ der Vertragsbedingungen durch eine Partei	84
a) Die Verwendung des EMA durch zwei Nichtbanken	85
b) Die Verwendung des EMA im Verhältnis von Bank zu Nichtbank	87
c) Die Verwendung des EMA im Verhältnis der Banken untereinander	87
d) Der Sonderfall des beiderseitigen Stellens?	88
e) Zusammenfassung	88
3. Die Inhaltskontrolle des EMA gemäß § 307 BGB	89
a) Kein Ausschluss der Inhaltskontrolle wegen besonderer Ausgewogenheit des EMA	89
aa) Die Diskussion bei den VOB/B	89
bb) Die Diskussion bei den Principles of European Contract Law (PECL) und UNIDROIT Prinzipien	90
cc) Besonderheiten des EMA und Stellungnahme	92
b) Besonderheiten bei internationalen Geschäftsbedingungen	93
4. Zusammenfassung	95
IV. Auslegungsmethodik	95
1. Eingeschränkte Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und Motive der Verfasser	96
2. Einheitlich-europäische Auslegung?	97
a) Hinzuziehung anderer Sprach Versionen des EMA	98
b) Berücksichtigung ausländischer Gerichtsentscheidungen	99
c) Hinzuziehung der Principles of European Contract Law (PECL) und der UNIDROIT Prinzipien	100
3. Die ergänzende Vertragsauslegung bei Lücken der Bestimmungen des EMA	101
4. Besonderheiten bei der Auslegung des EMA als Allgemeine Geschäftsbedingungen	103
a) Grundsatz der objektiven Auslegung bei Formularverträgen?	103
b) Die Unklarheitenregel gemäß § 305c Abs. 2 BGB	104
5. Zusammenfassung	105
Regelungen für den ordnungsgemäßen Vertragsablauf	106
I. Vertragsschluss und Geschäftsabschluss	106
1. Qualifizierung des Bestätigungsschreibens	107
2. Aufzeichnung von Telefongesprächen	108
II. Leistungspflichten der Parteien aus den einzelnen Geschäften	109
1. Zahlungen	109
a) Einzelne Zahlungsverpflichtungen	109
b) Die Verrechnung von Zahlungen ( <i>Payment Netting</i> )	111
aa) Das Payment Netting	— 112

bb) Das Netting by Novation	114
cc) Das Liquidationsnetting ( <i>Netting by Close-Off</i> )	115
dd) Rechtliche Einordnung der Verrechnungsklausel des EMA	115
2. Lieferung von Wertpapieren	116
a) Übertragung inländischer Wertpapiere im Wege des Effektengiroverkehrs	117
b) Lieferung ausländischer Wertpapiere	118
3. Bedingtheit der Zahlungs- und Lieferverpflichtungen	120
III. Wirksamkeitsvoraussetzungen für Mitteilungen	121
IV. Besicherung durch Wertausgleich	122
V. Vertretung / Principal- und Agentgeschäfte	124
VI. Ausschüttungen und Bezugsrechte	124
VII. Stimmrechte des Aktionärs ( <i>voting rights</i> ) bei Wertpapierpensionsgeschäften und Wertpapierdarlehen	125
1. Grundsatz: Übergang des Stimmrechts auf den Erwerber	125
2. Unterlassen der Ausübung des Stimmrechts als vertragliche Nebenpflicht	126
3. Rechtsmissbrauch und Vorliegen einer OWiG bei Stimmrechtsausübung	127
VIII. Ordentliche Beendigung des Vertrages und der einzelnen Geschäfte	129
C. Regelungen bei Störungen des Vertragsablaufs	129
I. Beendigung des Vertrages wegen Vertragsverletzungen ( <i>events of default</i> )	130
1. Nichtleistung trotz Fälligkeit	130
2. Unrichtige Zusicherung und Unwirksamkeit einer Garantie ( <i>misrepresentation</i> )	131
3. Die Verletzung anderer Verträge ( <i>cross default-clause</i> )	133
4. Die Verletzung relevanter Geschäfte	135
5. Rechtsfolge: Das Liquidationsnetting	136
II. Beendigung wegen Insolvenz	138
1. Relevanz der einzelnen Tatbestände des EMA in Deutschland	139
a) Insolvenz und Auflösung eines Kreditinstituts in Deutschland	140
b) Insolvenz eines Versicherungsunternehmens in Deutschland	141
c) Insolvenz einer Kapitalanlagegesellschaft in Deutschland	142
d) Zusammenfassung	143
2. Bestimmung des anwendbaren Insolvenzrechts	143
a) Bestimmung des anwendbaren Insolvenzrechts nach der EulnsVO	144
b) Bestimmung des anwendbaren Insolvenzrechts nach §§ 335 ff. insO	146
aa) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	146
bb) Inhalt	147
cc) Die Umsetzung der RL Kreditinstitute	148

dd)	Die Umsetzung der RL Versicherungen	149
ee)	Bestimmung des auf die Nettingvereinbarung des EMA anwendbaren Insolvenzrechts nach den §§ 335 ff. InsO	149
c)	Zusammenfassung	151
3.	Wirksamkeit der Nettingvereinbarung des EMA	151
a)	Qualifikation des EMA als Rahmenvertrag für Finanzleistungen	152
aa)	Finanzleistungen gemäß § 104 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 InsO	154
bb)	Finanzsicherheiten gemäß §. 104 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 InsO	154
cc)	Vorliegen eines Markt- oder Börsenpreises	156
dd)	Vorliegen einer Frist	156
ee)	Das EMA als Rahmenvertrag im Sinne des § 104 Abs. 2 S. 3 InsO	157
ff)	Ergebnis	157
b)	Ausschluss des § 104 InsO durch die vertragliche Nettingbestimmung des EMA?	158
aa)	Rechtsprechung zu § 18KO	159
bb)	Entstehung der §§ 104, 119 InsO	159
cc)	Ansichten der rechtswissenschaftlichen Literatur	162
dd)	Stellungnahme	166
c)	Keine Anwendbarkeit der §§94 ff. InsO	167
4.	Wirksamkeit der Aufrechnung gemäß Nr. 7 Abs. 4 EMA	168
a)	Bestimmung des anwendbaren Rechts	168
b)	Wirksamkeit der Aufrechnung nach deutschem Insolvenzrecht	169
5.	Keine Anfechtbarkeit nachträglich geleisteter Margensicherheiten	170
III.	Beendigung des Vertrages wegen Änderung von Umständen	170
IV.	Schadensersatzansprüche nach dem EMA	171
V.	Gesetzliche Ansprüche und Gestaltungsrechte	172
1.	Auslegung der Klausel Nr. 10 Abs. 5 EMA	172
a)	Wortlaut	172
b)	Sinn und Zweck	173
c)	Systematik	173
d)	Stellungnahme	173
2.	Anwendung auf den Einzelfall	175
a)	Kündigung der Geschäfte und des Vertrages insgesamt gemäß §314 BGB	175
b)	Schadensersatzansprüche nach §§280, 281 BGB	176
c)	Insbesondere: Ansprüche wegen Verletzung der Informations- und Aufklärungspflicht	177
aa)	Herkunft der Klausel ( <i>no-reliance-clause</i> )	177
bb)	Ansprüche wegen Verletzung der Aufklärungspflicht im Nostrohandel und bei institutionellen Anlegern	178

cc) Ansprüche wegen Verletzung der Aufklärungspflicht eines Kunden gegen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen, §§ 31, 32 WpHG iVm 280 bzw. 823 Abs. 2 BGB	179
dd) Aufklärungs- und Beratungspflichten nach der neuen Wertpapierdienstleistungsrichtlinie	181
ee) Aufklärungspflichten bei Verträgen mit Verbrauchern (§37dWpHG)	182
ff) Zusammenfassung	183
d) Anspruch auf Verzugschaden gemäß § 286 BGB	183
e) Das Recht zur Anfechtung gemäß §§ 142, 119 ff. BGB	184
3. Zwischenergebnis	184
VI. Zusammenfassung	185

<i>3. Kapitel: Aufsichtsrechtliche Aspekte des EMA und Bilanzierung der einzelnen Geschäfte</i>	186
A. Aufsichtsrechtliche Verpflichtungen der Vertragspartner des EMA	186
I. Spezielle Anforderungen an einzelne Marktteilnehmer	186
1. Verwendbarkeit des EMA bei Verträgen mit Kreditinstituten nach den MaH und MaK	186
a) Inhalt der MaH und MaK	186
b) Verwendbarkeit des EMA	188
2. Verwendbarkeit des EMA bei Verträgen mit Kapitalanlagegesellschaften nach dem Investmentgesetz	189
a) Wertpapierdarlehen	190
b) Wertpapierpensionsgeschäfte	192
3. Verwendbarkeit des EMA bei Verträgen mit Versicherungsunternehmen	192
a) Der Abschluss von Geschäften in bezug auf das freie Vermögen des Versicherungsunternehmens	192
b) Der Abschluss von Geschäften in bezug auf das gebundene Vermögen gemäß § 54 ff. VAG	193
II. Meldepflichten gemäß § 9, 21, 22 WpHG	194
1. Meldepflicht gemäß § 9 WpHG" über Wertpapiergeschäfte unter dem EMA	194
2. Meldepflicht über Änderungen von Stimmrechten gemäß §§21 Abs. 1,22 WpHG	195
a) Meldepflicht des Darlehensnehmers/Pensionskäufers	196
b) Meldepflicht des Darlehensgebers/Pensionsverkäufers	197
aa) Die Zurechnung nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 WpHG	197
bb) Zurechnung gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 5 WpHG	198
c) Ergebnis	199

B.	Bankaufsichtsrechtliche Anerkennung der Nettingvereinbarung des EMA	199
I.	Berücksichtigung des EMA bei der Berechnung der Eigenkapitalunterlegung zur Abdeckung des Adressenausfallrisikos	200
1.	Eigenkapitalunterlegung bei Risikoaktiva	200
a)	Begriff und Funktion von Eigenmitteln und haftendem Eigenkapital	200
b)	Höhe der Eigenkapitalunterlegung bei Risikoaktiva	202
c)	Begriff der Risikoaktiva	202
d)	Bemessungsgrundlage	203
aa)	Bewertung bei Finanzswaps, Optionen und sonstigen Finanztermingeschäften	203
bb)	Bewertung bei Wertpapierpensionsgeschäften und Wertpapierdarlehen	204
2.	Die Möglichkeit reduzierter Anrechnung durch Nettingvereinbarungen	205
a)	Reduzierte Anrechnung bei Finanzswaps, Termingeschäften und Optionsrechten	206
b)	Reduzierte Anrechnung bei Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäften	207
3.	Die Nettingvereinbarung des EMA zur reduzierten Anrechnung	208
II.	Anerkennung des Netting bei Großkredit- und Millionenkreditgeschäften gemäß §§ 13, 14 KWG	210
1.	Anwendungsbereich der Großkredit- und Millionenvorschriften	210
2.	Bemessungsgrundlage	211
a)	Finanzswaps und sonstige Termingeschäfte	211
b)	Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen	211
3.	Verminderte Anrechnung durch Nettingvereinbarungen	212
III.	Zusammenfassung	212
IV.	Ausblick: Neue Eigenkapitalanforderungen durch die Europäische Union und der neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung	212
C.	Bilanzierungsvorschriften	214
I.	Bilanzierung von Pensionsgeschäften unter dem EMA	214
1.	Bilanzierung durch den Pensionsgeber	215
2.	Bilanzierung beim Pensionsnehmer	216
II.	Bilanzierung von Wertpapierdarlehen	216
¶ 4.	<i>Kapitel: Europäischer Ausblick</i>	218
A.	Die Vereinheitlichung des relevanten Rechts	218
I.	Die Vereinheitlichung des Bank- und Kapitalmarktrechts	219
1.	Einzelne bankaufsichtsrechtliche Maßnahmen durch die EG	219
2.	Der Aktionsplan Finanzdienstleistungen und seine Umsetzung	220

a)	Das Vier-Stufen-Modell für den Erlass von Rechtsakten (Komitologie-Verfahren)	220
b)	Einzelne Gesetzgebungsvorhaben	222
3.	Außergesetzliche Vereinheitlichung des Bank- und Kapitalmarktrechts	223
II.	Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa	224
1.	Aktueller Stand	224
a)	Legislatorische Harmonisierungsmaßnahmen (Gemeinschaftsprivatrecht) ^	224
b)	Außergesetzliche Harmonisierung auf europäischer und internationaler Ebene	224
aa)	Öffentliche Institutionen ohne eigene rechtssetzende Zuständigkeit	225
bb)	Recht des grenzüberschreitenden Handels	226
2.	Die Diskussion um die Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts	227
a)	Möglichkeit der Kodifikation eines europäischen Vertragsrechts	228
b)	Rechtsvereinheitlichung „von unten“	232
3.	Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht	234
a)	Schaffung eines kohärenteren Gemeinschaftsrechts	235
b)	Förderung der Ausarbeitung von EU-weiten Standardvertragsklauseln	236
c)	Einführung eines optioneilen Instruments	237
	Der Beitrag des EMA zu einem europäischen Bankvertragsrecht	237
I.	Das EMA als Beitrag zur faktischen Rechtsangleichung durch die Marktteilnehmer	237
II.	Kein Bedürfnis nach einem einheitlichen europäischen Vertragsrecht bei Finanzgeschäften	239

*Ergebnisse* 241

*Literaturverzeichnis* 243